

¿Quiere decir esto que la donación de los bienes presentes y futuros sea necesariamente divisible? La negativa nos parece clara. Todo lo que resulta del artículo 943, es que los autores del código han reemplazado la presunción de indivisibilidad por la presunción de divisibilidad; así es como el orador del gobierno explica la ley. "En la ordenanza de 1731, dice él, se había declarado nula hasta por los bienes presentes, la donación que comprendía los bienes presentes y futuros, porque se consideraban estas disposiciones como indivisibles, á menos que fuese reconocida la intención contraria del donador. Más natural es presumir que el donador de bienes presentes y futuros, no tiene la intención de disponer de una manera indivisible; la donación no será nula sino respecto de los bienes futuros." (1) Luego esta es una cuestión de intención, como lo enseñaba Ricard (2); solamente la ley presume que la donación es divisible, salvo que la parte interesada prube la intención contraria. Bigot-Préameneu admite que la prueba contraria á la presunción de indivisibilidad era admitida en el antiguo derecho; luego se debe también admitirla contra la presunción de divisibilidad consagrada por el código civil. Esto por otra parte, se halla en armonía con los principios que rigen las presunciones legales, que admiten la prueba contraria, salvo en los casos exceptuados por el artículo 1,352; ahora bien, la presunción de divisibilidad nada tiene de común con dichas excepciones. Luego se vuelve á entrar á la regla, y por consiguiente, las partes interesadas podrán probar que, en la intención del donador, la donación era indivisible.

1 Bigot-Préameneu, Exposición de motivos, núm. 46 (Loaré, tomo 5º, pág. 327).

2 Ricard, "De las donaciones," 1ª parte, núms. 1,024 y siguientes (t. 1º, pág. 260).

*Núm. 2. De la donación pagadera al fallecimiento del donador.*

418. Según los términos del artículo 894, el donador debe despojarse actual y virtualmente de la cosa donada. El despojamiento del donador debe, pues, ser actual; y el donatario debe ser investido de la cosa donada, en el momento de la donación. Esto no quiere decir que el donador debe inmediatamente ejecutar la donación; basta que él transfiera el derecho á la cosa en el momento de la donación; la entrega puede hacerse en cualquier momento: Así, pues, la donación puede hacerse á plazo, y éste puede ser la muerte del donador. Cuando la donación tiene por objeto un cuerpo cierto, esto no tiene duda alguna; el donatario adquiere su propiedad desde el momento en que se perfecciona la donación; luego está investido actual é irrevocablemente. (1) ¿Sucede lo mismo si la donación comprende una suma de dinero? La cuestión está muy controvertida, y reina una verdadera anarquía en la doctrina, y la jurisprudencia también está vacilante.

419. En teoría, si se hace abstracción de la tradición, la solución no sería dudosa. Yo dono mil francos pagaderos á mi fallecimiento; el donatario tiene desde el instante mismo de la donación, un derecho á una suma de mil francos; dicho derecho está en su dominio, puede disponer de él; él lo transmite á sus herederos, el donador no puede quitárselos, luego él está actual é irrevocablemente despojado, y por lo tanto, es válida la donación. Esto se funda también en la razón. ¿Qué importa la naturaleza de la cosa donada, que sea una suma de dinero, ó un cuerpo cierto? En uno y otro caso, el donador transmite un derecho de donatario, derecho actual é irrevocable. Luego se está

1 Coin-Delisle, artículo 943, núm. 6, pág. 241.

dentro de los términos como dentro del espíritu del artículo 894.

Tal es la decisión de la cuestión conforme á los principios. Pero ya hemos hecho notar que en la materia de la irrevocabilidad de las donaciones, es muy eventual apoyarse en los principios; casi se podría afirmar que una opinión que está en armonía con los principios está en oposición con la regla de la irrevocabilidad, porque la regla *Donar y retener no es válida* es precisamente una derogación de los verdaderos principios. Luego hay que prescindir de la teoría, para ceñirse al espíritu tradicional del derecho francés. Colocada en este terreno, creemos que la cuestión debe recibir otra solución. Recordamos las palabras de Pothier y de Ferrière que acabamos de citar (núm. 409). Basta, dice Pothier, que una cláusula deje al donatario el poder de destruir ó de alterar el efecto de su liberalidad, para que sea nula la donación. Ahora bien, si yo dono mil francos pagaderos á mi fallecimiento ¿no estará en mi poder destruir el efecto de mi liberalidad ó alterarlo? Bástame disipar mi patrimonio, y la liberalidad quedará destruida ó alterada: en lugar de una suma de mil francos, el donatario tendrá una acción contra una sucesión insolvente. No obstante, Ferrière nos dice que el donador no puede, ni aun indirectamente, volver *inútil* la donación que ha hecho, y ¿no la vuelve inútil si no deja bienes? El que dona una suma pagadera á su fallecimiento dona, pues, con facultad de reducir á la nada su donación, y ¿no es esto donar y retener. (1)

Es preciso, hemos dicho, atenerse á la tradición. Se la invoca también para la opinión contraria; luego debemos insistir en ella. ¿Qué dice Pothier, el guía habitual de los autores del código? "Cuando alguno me hace donación de

1 Championeri y Ricard, *Tratado de los derechos de registro*, t. 2º, núms. 1,546 y 1,547, pág. 475, y t. 3º, núm. 2,201, pág. 334.

una cierta suma, pagadera únicamente después de su muerte, por lo cual se constituye deudor conmigo; pienso que la donación es válida y que debo considerarme suficientemente puesto en posesión de la cosa donada, por la escritura misma de donación, por la cual soy constituido, de una manera irrevocable, acreedor del crédito que se me dona, y por la cláusula de despojamiento por la cual el donador se despoja á mi respecto, de sus bienes, hasta la debida concurrencia, gravándolos con esa deuda á mi respecto." (1) Pothier comienza por exponer los principios tal como nosotros lo hemos hecho; pero no se conforma con esto, sino que exige, para la validez de la donación, una cláusula de despojamiento; quiere que el donador se despoje en provecho del donatario de sus bienes, hasta debida concurrencia, y con esto entiende que los bienes quedan gravados con dicha deuda hacia el donatario. ¿Por qué se agregan estas restricciones? La cosa es evidente; estas máximas estaban ordenadas por la máxima *donar y retener no es válido*. Había que garantizar al donatario contra el poder que el donador tiene de disponer de sus bienes y de destruir la donación ó alterarla. Sólo mediante el despojamiento de los bienes hasta la concurrencia de la suma donada, la donación se hacía válida asegurando al donatario contra toda revocación indirecta. Sin el despojamiento, la donación era nula, supuesto que dejaba al donador el poder de reducirla á la validez. Dícese que no debe verse en estas palabras de Pothier más que imperfecciones de lenguaje. (2) Esto no es serio; Pothier es fiel á los principios tradicionales del derecho francés; exige formalmente que el donador se despoje de sus

1 Pothier, "Introducción al tít. 15 de la costumbre de Orleans," núm. 24.

2 Demolombe, t. 20, pág. 270, núm. 392.

bienes hasta debida concurrencia; este despojamiento es lo único que valida la donación.

Ricard es del mismo parecer. Al tratar de la donación de los bienes futuros, asienta este principio restrictivo, que el donador no debe tener la libertad de hacer inútil la donación; de esto concluye que las donaciones para ser irrevocables, deben estar compuestas de cosas ciertas. Esto es suficiente para decidir la cuestión que estamos discutiendo. La suma de dinero que el donador promete al donatario es cierta, en el sentido que se halla escrita en el contrato; es incierta, en el sentido de que ella no da al donatario un derecho cierto, al abrigo del poder que el donador conserva en sus bienes. ¿Cómo dar esa certeza al donatario? Ricard examina la cuestión de saber si la donación de mil libras de renta por tomar, sobre los bienes del donador, para empezar á disfrutar de ella después de su fallecimiento, es válida. El no ve en esto ninguna dificultad, con tal que la tradición de que se haga sea tradición de derecho: con esto entiende que los bienes del donador estén afectos á la renta desde el momento en que se hace la donación. (1) Esto, literalmente, es la doctrina de Pothier. La jurisprudencia estaba de acuerdo con esta opinión.

Citaremos, además, el testimonio de Ferrière; él no hace más que resumir con inteligencia las opiniones reinantes; su testimonio es de mucha consideración. Práctico antes que todo, el comentador de la costumbre de París no vacila en decidir que la donación de una suma de dinero pagadera á la muerte, no es válida como donación entre vivos; y da para esto una razón, y es que el donador no transfiere propiedad al donatario; lo que es verdad en el sentido de que él puede enagenar, vender é hipotecar todos sus bienes; él podría hasta donarlos y legarlos, prueba

1 Ricard, *De las donaciones*, 1.<sup>a</sup> parte, núms. 1,001 y 1,006 (t. 1.<sup>o</sup>, págs. 254 y 253).

de que el primer donatario no tiene ningún derecho en los bienes del donador. Ferrière admite, no obstante, que dicha donación puede tornarse válida; es preciso para esto que la escritura imponga hipoteca sobre los bienes que el donador tiene al verificarse la donación (1). Esta es siempre la opinión de Ricard y de Pothier. Esta opinión ha sido reproducida, bajo el dominio del código, por Grenier (2) y consagrada por varias sentencias. Se objeta que la hipoteca no es más que un accesorio del crédito y que la disposición accesorio no puede hacer válida la disposición principal, si ésta es nula. La objeción no tiene en cuenta la causa particular que vuelve nula la donación. ¿Por qué la donación es nula en nuestra opinión? Únicamente porque es contraria á la máxima *Donar y retener no es válida*. En virtud del derecho común, ella es válida; luego si se aparta el vicio de revocabilidad, la donación se vuelve plenamente válida. Pues bien, la hipoteca impide que el donador altere la donación, que la vuelva inútil; luego ella valida la donación asegurando el derecho del donatario contra el poder ilimitado que tiene el donador para disponer de sus bienes y, por lo tanto, para destruir la donación. Nada más jurídico, si se coloca uno en el terreno de la irrevocabilidad de las donaciones, y ese es el verdadero terreno del debate (3).

Se ha propuesto otro medio de conciliar la irrevocabilidad de las donaciones con los verdaderos principios, según los cuales la donación de una suma pagadera al fallecimiento del donador, es plenamente válida: y es el circunscribir la donación sobre los bienes que el donador poseía

1 Ferrière, *Comentario sobre la costumbre de París*, t. 3.<sup>o</sup>, pág. 1,229, núms. 5 y 6.

2 Grenier, t. 1.<sup>o</sup>, pág. 277, núm. 7 y 7 bis. Vazeille, art. 943, número 3 y t. 2.<sup>o</sup>, pág. 278.

3 En sentido contrario, Demolombe, t. 20, pág. 367, núms. 391.

en la época de la donación, ó al menos sobre su valor ó su representación; de donde se seguirá que si los bienes presentes no dieran el valor de la suma donada, la donación sería nula. (1) Hay algo de verdad en esta opinión, dígame lo que se quiera. Si yo doy 100,000 francos y sólo poseo 50,000 de bienes, yo dono lo que no tengo; los 50,000 francos que me faltan deberán tomarse sobre los bienes que yo adquiera; luego, en realidad, yo dono bienes futuros hasta la concurrencia de dicha suma, es decir, que tengo una donación nula. ¿Pero esta condición es suficiente para dar validez á la donación? La negativa nos parece clara. Si la donación es nula, es porque es revocable, supuesto que el donador puede destruir ó alterar su efecto, disponiendo de sus bienes. Y él conserva el poder de disposición, aun cuando sus bienes excediesen del monto de las sumas donadas. El donatario es un simple acreedor quirografario, no tiene acción sino sobre los bienes que el deudor posee en el momento en que contra él se procede; si el deudor nada tiene, la donación se vuelve inútil; es decir, que es nula, porque el donador tiene el poder de revocarla indirectamente; no hay más que un medio de impedirselo, y éste es una garantía hipotecaria.

420. La opinión contraria es la que generalmente se adopta. Nosotros hemos contestado de antemano á los argumentos que se invocan para dar validez á la donación. Pueden resumirse en dos palabras. El donatario es un acreedor; ahora bien, el derecho de los acreedores es un derecho caro, irrevocable; luego no puede oponerse al donatario que la donación es nula porque es revocable. ¿Qué importa, dicen algunos, que de hecho se vuelva ineficaz la donación si el donador muere insolvente? Esto no im-

1 Coin-Delisle, art. 943, núm. 8, pág. 243. En sentido contrario, Marcadé, artículo 943, núm. 2, t. 3º, pág. 590. Demolombe, t. 20, página 366, núm. 390.

pide que su derecho sea tan irrevocable como el de todo acreedor. (1) Nada más cierto según los principios que rigen las obligaciones ordinarias. ¿Pero hay que repetir que las donaciones están sometidas á principios mucho más rigurosos, ó por mejor decir, arbitrarios? Es razonar muy mal el invocar los principios generales en una materia en que el legislador abroga estos principios; porque deben interpretarse los textos del código por la tradición, y ésta no es dudosa.

421. Las consecuencias que se deducen de la opinión que estamos combatiendo, fortifican nuestra oposición. En primer lugar, hay división respecto de las consecuencias; lo que prueba que no hay mucha convicción por la verdad del principio. El donador muere insolvente. ¿Cuál será el derecho del donatario? Unos enseñan que predominará sobre los acreedores posteriores, lo que sería una derogación del derecho común, ¿y puede haber una excepción sin texto? Otros dicen que el donatario será privado por todos los acreedores á título oneroso, lo que establece, en provecho de los acreedores, un privilegio sin texto: nuevo error. Por último, hay autores que ponen al donatario en la misma línea que á los acreedores; esto es conforme al derecho común; pero ¿qué viene á ser, en este caso, la irrevocabilidad de la donación? Yo dono hoy 50,000 francos; mañana contraigo una deuda de 25,000, y reduzco con esto el derecho del donatario á la mitad; no es esto donar y recobrar? (2)

1 Demante, t. 4º, pág. 10, núm. 4 bis 3º Murlon, *Repeticiones*, tomo 2º, pág. 221, 223. Demolombe (t. 20, pág. 368, núm. 392), y Dalloz, "Disposiciones," núm. 1,345 y las autoridades que ellos citan. Las sentencias son citadas por Dalloz, "Disposiciones," núm. 1,346 y 1,347. Hay que agregar Pau, 7 de Junio de 1872 (Dalloz, 1872, 1, 76).

2 Véanse las diversas opiniones en Demolombe, t. 20, pág. 374, número 397.

422. Yo dono hoy 10,000 francos á Pedro, pagaderos después de mi muerte; mañana dono 10,000 á Pablo, con la misma cláusula. Si unero insolvente, ¿los dos donatarios concurrirán, ó el primero será pagado antes que el segundo? Nueva disidencia en la opinión general. La corte de casación se ha pronunciado por el primer donatario; Demolombe, consecuente con su principio, decide que los dos donatarios son dos acreedores, que, por consiguiente, deben concurrir, puesto que ninguno tiene un derecho sobre los bienes del donador. (1) Esta última opinión es muy lógica, pero la lógica está contra los falsos principios. Lógica bajo el punto de vista del derecho común, esta doctrina choca y altera el principio de la irrevocabilidad. Aquí hay textos formales que están violados. Cuando las liberalidades hechas por el difunto exceden del activo, hay lugar á reducir las; la reducción se hace comenzando por la última donación, por analogía de lo que prescribe el artículo 923 cuando se toca la reserva. ¿Por qué por contribución? Esto es una consecuencia de la irrevocabilidad. Luego el legislador quiere que una donación hecha hoy no pueda alterarse por una donación que se haga mañana. ¿No es esto una prueba de que la irrevocabilidad de las donaciones domina los principios generales? El artículo 1,003 es otra prueba de ello. El que hace una institución contractual conserva la propiedad de los bienes que él dona y tiene á su libre disposición; no obstante, la ley le prohíbe que disponga de ellos á título gratuito. Si es así, para las donaciones futuras, con mayor razón el que hace una donación entre vivos no puede disminuir y alterar la liberalidad por nuevas disposiciones. Ahora, él puede hacerlo, si se atiende uno á los principios generales y si se aplican lógicamente. Luego estos principios se hallan en oposición con la regla de la irrevocabilidad, y esta regla es la que

1 Demolombe, t. 20, pág. 377, núm. 399-401.

debe predominar. Para eludir este argumento decisivo, se transforma el derecho del heredero contractual en una especie de reserva, de dónde la consecuencia de la *indisponibilidad*. Confesamos que no comprendemos qué cosa es una *especie de reserva*, y no vemos lo que hay de común entre la *indisponibilidad* y la *donación de bienes futuros*.

*Núm. 3. De la donación sobre los bienes que el donador deje á su fallecimiento.*

423. Si el que da una suma pagadera á su muerte, dice en la escritura que dicha suma es de tomarse sobre los bienes que deje á su fallecimiento, la donación es nula; como la intención del donador es no donar sino hasta concurrencia de los bienes que deje, él hace realmente una donación de bienes futuros; luego de él depende nulificar su donación, disponiendo de sus bienes antes de su muerte: por lo tanto, en la donación no confiere al donatario un derecho irrevocable, y por consiguiente, es nula. Acerca del principio todos están de acuerdo; más adelante veremos las dificultades de aplicación. En nuestra opinión, no puede haber duda alguna. Acabamos de decir que la donación de una suma pagadera al fallecimiento es nula, á menos que el donador haya comprometido sus bienes para garantía del donatario; con mayor razón debe ser nula cuando el donador, lejos de comprometer sus bienes, limita la donación á los bienes que deje á su fallecimiento. En la opinión general se considera la donación de una suma pagadera á la muerte como válida, mientras que se declara nula la donación de una suma que debe tomarse sobre los bienes que el donador deje á su fallecimiento. ¿Cuál es la razón de esta diferencia? A nuestro juicio, las razones que se dan para justificarla nada tienen de decisivo; por mejor decir, las dos hipótesis se confunden, de suerte que hay inconse-